jurídica

TERCERA ETAPA • AÑO 13

Martes 25 de junio de 2024

905

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE EL PERUANO

La argumentación: recurso comunicativo

ANCLA UNA DE SUS BASES EN LA TEORÍA DE LA COMUNICACIÓN

PÁGINAS 4-5
EDWIN FIGUEROA GUTARRA

PÁG. 2. LOS LÍMITES DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. **LUZ PACHECO**

PÁG. 3. MOTIVACIÓN EN SERIE: ESTABLECIENDO PARÁMETROS. **JANET TELLO GILARDI**

PÁGS. 6-7. LA DIVERSIFICACIÓN ENERGÉTICA Y LAS REFORMAS EN DISCUSIÓN. **ÁLVARO KLAUER**

PÁG. 7. DERECHO A LA GRATIFICACIÓN LEGAL DE FIESTAS PATRIAS. **ROSARIO VILLAFUERTE BRAVO**

PÁG. 8. LOS SERVICIOS DIGITALES Y EL INICIO DE UN NUEVO CICLO LITIGIOSO. **ROBERTO POLO**

CORRESPONDERÁ A JUECES APLICAR PRINCIPIO PRO HOMINE

Los límites de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos

El sometimiento a la jurisdicción de tribunales extranjeros no implica renunciar a la libre determinación de los Estados parte ni exige aplicar esa jurisdicción como fuente única e incontrastable.

LUZ **PACHECO**
VICEPRESIDENTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución ordena que los derechos y libertades se interpreten de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados ratificados por el Perú. El Nuevo Código Procesal Constitucional añade que esa interpretación se debe hacer teniendo en cuenta los criterios de los tribunales internacionales, siempre y cuando estos no limiten su goce y ejercicio respecto a la previsto en la Constitución y normas nacionales, según lo ordena el artículo 29° de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque si lo hicieran se debe preferir la norma nacional.

Corresponderá a los jueces peruanos aplicar el principio pro homine en cada caso, para delimitar el contenido de los derechos, pero sin tergiversarlos, pues como acordaron los Estados al firmar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es muy importante tener una concepción común de esos derechos y libertades para respetar la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado dos límites al acatamiento debido a las decisiones de esos tribunales: el primero es que su relación con los tribunales nacionales no es vertical sino de cooperación, en la que debe primar el principio pro homine antes mencionado, que permite a los Estados ampliar su ámbito normativo (Expediente N° 02730-2006-PA/TC). Y el segundo, reconocer el margen de apreciación nacional, para aplicar la doctrina convencional de la Corte Internacional de Derechos Humanos, "según estime conveniente" (Expediente N° 04617-2012-PA/TC).

Para evitar judicializar la política hay que reconocer el control político, aunque los representantes del pueblo, en algún momento histórico, no respondan a las expectativas de quienes les otorgaron su voto.

Ese margen de apreciación no es reconocido habitualmente por esa Corte, a diferencia de su homólogo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el Perú fue poco comentada la Declaración de abril del 2019, realizada por cinco países –Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay y Chile– en la que pidieron a la Corte respetar el principio de subsidiariedad y su Derecho Constitucional, así como el margen de apreciación y el uso estricto de las fuentes del Derecho Internacional. De hecho, cada vez es menos pacífica la recepción de la doctrina del control de convencionalidad de ese tribunal en la región.

El sometimiento a la jurisdicción de tribunales extranjeros no implica renunciar a la libre determinación de los Estados parte ni exige aplicar esa jurisdicción como fuente única e incontrastable. En democracia no hay poder absoluto: el sistema de pesos y contrapesos evita las dictaduras. El Poder se controla política o jurídicamente. El control político lo realiza el poder elegido por voluntad popular: el Parlamento. Y el control jurídico, en última instancia, el Tribunal Constitucional, en cuanto "órgano de control de la Constitución". Para evitar judicializar la política hay que reconocer el control político, aunque los representantes del pueblo, en algún momento histórico, no respondan a las expectativas de quienes les otorgaron su voto. Y solo, cuando en el ejercicio de ese poder violen la Constitución, se debe recurrir al control jurídico, pero nunca a la violencia ni al desconocimiento de las autoridades legítimamente elegidas.

jurídica | DIRECTOR (e): **Félix Alberto Paz Quiroz** | Subdirector: **Omar Swayne Recuenco** | Editora: **María Avalos Cisneros** (mavalos@editoraperu.com.pe)
Coordinador: **Paul Herrera Guerra** | Jefe de Diagramación: **Julio Rivadeneyra Usurín** | Teléfono: **315-0400 (2016)**

Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores.
Sugerencias y comentarios: mavalos@editoraperu.com.pe

Jurídica es una publicación de El Peruano
2008 © Todos los derechos reservados

NUEVOS ESFUERZOS, MODERNAS TÉCNICAS PROCESALES

Motivación en serie: fijando parámetros

Si alguna misión tiene la Corte Suprema, es la de emitir decisiones directivas que hagan predecible la administración de justicia.

El Decreto Legislativo 1067 (28 de junio del 2008) modificó el artículo 7° de la Ley N° 27584 (posteriormente 9° del Texto Único Ordenado) e incorporó, entre otros cambios, la facultad de emitir resoluciones judiciales con motivación en serie en sede contenciosa administrativa. La lectura de la exposición de motivos de la referida ley, si bien escueta, señalaba lo siguiente:

Se ha incorporado como facultad para el juez la posibilidad de utilizar la motivación serie, cuando se presentan casos análogos y se requiera idéntica motivación para la resolución de los mismos, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no lesione las garantías del debido proceso, considerándose cada uno como acto independiente.

Si bien es cierto que actualmente el propio Tribunal Constitucional utiliza los mismos fundamentos en distintos procesos correspondientes a casos análogos, no es menos cierto que resulta necesario hacer expresa tal permisión, a fin de lograr que los jueces despachen con criterios técnicos y organicen su despacho a fin de evitar las demoras innecesarias, frente a casos similares en los cuales ya se han establecido criterios de resolución en el propio despacho; además evitaría la posible contradicción.

La referida exposición abordaba el tema desde las "demoras innecesarias" y la posibilidad de "contradicción", y establecía como parámetros para el uso de la motivación en serie que: (I) los casos fueran similares; (II) que ya existan criterios de resolución; (III) que de ello fluya la necesidad de idéntica motivación; y (IV) que en ningún caso se afecte el debido proceso.

JANET **TELLO GILARDI**

PRESIDENTA DE LA PRIMERA SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA

Concordante con esas expresiones, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió, mediante Resolución Administrativa N° 211-2013-CE-PJ, la Directiva N° 008-2013-CE-PJ, estableciendo unas "Pautas para resolver casos análogos en materia contenciosa administrativa". Expresaba que la medida beneficiaba, en primer lugar, a los ciudadanos, porque obtenían "pronta y predecible justicia" y, del mismo modo, a los jueces, porque simplificaba "su actividad de solución de conflictos". Para lograr ello, indicaba la necesidad de identificar los procesos análogos, esto es, "aquellos donde la pretensión y el derecho discutido son semejantes" y, luego, establecía algunas reglas para "identificar y agrupar los casos análogos", señalando que debía "procurarse que la programación de la vista de la causa" se fije y se vote en un mismo día.

Tales fueron hasta el 2024 los pormenores de la motivación en serie en el país. La Corte Suprema, mediante ejecutorias expedidas por la Quinta y la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria han operativizado recientemente esta técnica procesal en las casaciones Fonahpu y N° 55355-2022/Huaura, de fecha de vista 17 de mayo y 11 de junio del 2024, respectivamente.

Aunque los caminos seguidos han sido distintos, la meta ha sido la misma. Así la Quinta Sala Constitucional y Social Transitoria optó por "el tratamiento judicial conjunto de cuestiones comunes dictando una sentencia única aplicable a todas ellas", emitiendo "una sola resolución que, en su decisorio, resuelve la cuestión procesal de los casos comunes evaluados, identificándolos a continuación en una enumeración correlativa (1)".

En cambio, la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria ha seguido el camino de dictar una sentencia "fuente" y a partir de ella emitir sentencias "derivadas", de forma que cada expediente se aborde de manera individual. Además, estableció parámetros objetivos, precisando, en orden a lo señalado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1067 y las Pautas Metodológicas del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que su uso "se efectuará cuando: (I) el tema en controversia sea análogo al que se plantea en otros casos; (II) haya criterio uniforme establecido sobre el referido asunto; y (III) en ningún caso se afecte el debido proceso. Agregó que como no se estaba en una "acumulación de procesos ni decisión de efectos múltiples en un solo acto resolutivo" era posible que pudiera ser utilizada en cualquier caso que concurrieran los requisitos ya señalados.

Al respecto, señaló que la sentencia "primaria" se emitía en los casos en los que exista uniformidad en las decisiones sobre el tema cuestionado y las sentencias "derivadas" solo si se identificaba que se trataba de caso análogo. Además, reparando en otras técnicas, declaró que la sentencia "primaria" debía enlazarse a la plataforma informática del Poder Judicial para generar un código QR, que permita a las partes y a cualquier ciudadano tener acceso de manera inmediata al texto de esta resolución. Finalmente, indicó que las sentencias "derivadas", sin necesidad de repetir la motivación de la sentencia "primaria", debían hacer breve referencia a los fundamentos de esta y a la analogía existente, ser breves y tener la misma estructura.

Como se advierte, las resoluciones de la Quinta y la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema trazan caminos que convergen y le dan operatividad a una norma que anduvo olvidada en nuestro ordenamiento y que ahora encuentra renovado vigor.

La ciudadanía debe tener claro que no se trata de esfuerzo único; a él se une la unificación de criterios por el camino de los acuerdos plenarios; la calificación seguida de pronunciamiento de fondo cuando el tema tratado tiene decisiones uniformes y estables a lo largo de los años y se hace notorio el propósito de prolongar el proceso sin mayor fundamentación; el amparo de quejas seguidas de la calificación respectiva, evitando la demora que podría derivarse del pedido de expedientes; el uso de los códigos QR, la vía de la justicia itinerante o el pronunciamiento de fondo –a pesar de haber infracción procesal– evitando la dilación del proceso.

Si alguna misión tiene la Corte Suprema, es la de emitir decisiones directivas que hagan predecible la administración de justicia, más cuando las causas que atienden son las de pensionistas o son de carácter laboral y, por ello mismo, de personas en condición de vulnerabilidad. Las resoluciones con motivación en serie apuntan a lograr ese objetivo. A ese afán han de sumarse nuevas sentencias "fuentes", la uniformización de las sumillas y el indispensable establecimiento de resoluciones estándar.

La Primera Sala Constitucional y Social Transitoria ha seguido el camino de dictar una sentencia "fuente" y a partir de ella emitir sentencias "derivadas", de forma que cada expediente se aborde de manera individual.

[1] Proaño Cueva, César. Motivación en serie y en serio. El Peruano, 11 de junio del 2024, Jurídica, pág. 2.

EL MENSAJE DESARROLLA UN PAPEL TRASCENDENTE

Argumentación y comunicación

Es necesario entender la importancia de la comunicación en todos sus niveles adecuados, con la mensura necesaria, en la forma más óptima para lograr destacar que, al fin y al cabo, la argumentación es una práctica autoritativa, que exige sujeción al Derecho, en consonancia con las reglas, pero también, en forma conjunta, con los principios.

EDWIN **FIGUEROA GUTARRA**

DOCTOR EN DERECHO
JUEZ SUPERIOR DE LAMBAYEQUE
PROFESOR DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA Y DE LA USMP CHICLAYO

La argumentación, al constituir un recurso comunicativo, ancla una de sus bases en la teoría de la comunicación, la cual comprende, entre otros elementos relevantes a un emisor, que codifica un mensaje y, a su vez, a un receptor, que decodifica ese mensaje. En este acto comunicativo el mensaje desarrolla un papel trascendente, en la medida en que transmite un contenido. De allí la relación entre argumentación y un mensaje debidamente justificado.

Al referirnos a la argumentación, contextualizamos un conjunto de temas estrechamente correlacionados. Uno de ellos, e incluso de naturaleza ex ante, es el referido a la representación de la argumentación como un acto de comunicación. En esa línea de reflexión, no hemos de perder la perspectiva de que, en efecto, desde la teoría de la comunicación, (Vega, 2020, p. 9) junto a varios elementos en el plano de la traslación de ideas, destacan, en especial, tres elementos: el emisor, quien codifica un mensaje, el mensaje en sí mismo, y finalmente, el receptor del mismo, quien debe decodificar el contenido de la idea. Todo ello sucede en muy pocos segundos, pero representa, así lo debemos entender, la forma de comunicación en su presentación más simple. El problema ocurre cuando no codificamos adecuadamente el mensaje, o cuando el medio de comunicación no es el más adecuado, o cuando el receptor interpreta de modo diferente el mensaje.

Pueden ocurrir muchas más distorsiones en la comunicación, pero hemos de quedarnos con la idea inicial de la exigencia de que una buena comunicación por supuesto que producirá el efecto de trasladar adecuadamente nuestras ideas. Se va a construir, en el plano más óptimo, un argumento sin problemas

La comunicación vuelve a convertirse en un elemento base para entender la propuesta de una teoría de la argumentación jurídica, en cuanto las emociones traducen también una forma de expresión.

EMOCIONES Y JUSTIFICACIÓN

Del lado de las emociones, habrá que analizar cómo estas conducen a las intenciones y, a su vez, cómo estas canalizan las acciones. Si pretendemos asociar contexto de descubrimiento con emociones, pues parecería que nos quedamos solo en una parcela el pensamiento, en tanto este tipo de contexto traduce mucho más: idiosincracia, valores propios, e incluso sesgos cognitivos, falacias, sofismas, prejuicios, estereotipos e incluso, en términos de Vaz Ferreira, (Atienza, S.F, p. 9) determinados paralogismos, entendidos como asertos de verdad, que parecen ser verdad, que inducen al intérprete a creer que son verdad y, sin embargo, al final se corrobora que son falsedad.

Por otro lado, la comunicación está patente en el contexto de justificación, sin exagerar las virtudes de la lógica, pues el Derecho tampoco debe ser una parcela de esta. Más aún, no debería exagerar los pergaminos de la lógica para convertir a esta, si parafraseamos a Bulygin, en policía del pensamiento. Por tanto, es necesario entender la importancia de la comunicación en todos sus niveles adecuados, con la mensura necesaria, en la forma más óptima para lograr destacar que, al fin y al cabo, la argumentación es una práctica autoritativa, que exige sujeción al Derecho, en consonancia con las reglas, pero también, en forma conjunta, con los principios.

de vaguedad, es decir, no habrá ausencia de conceptos carentes de significado; y sin problemas de ambigüedad, por exceso de significados acerca de un mismo concepto. De igual forma, el canal de transmisión será adecuado al utilizarse idóneamente los términos del caso sin problemas de semántica, es decir, de significado, y sin dificultades de sintaxis, porque existe una adecuada conexión entre las ideas. A su vez, el emisor no incurre en contradicciones acerca de la tesis que propone, y el receptor manifiesta una actitud de propósito de asimilación de la noción que aprehende. En ese plano, la teoría de la comunicación cumple su postulado respecto a que un mensaje adecuadamente construido llega a su destino cuando las condiciones de comunicación son óptimas.

Y sin perjuicio de lo expresado, el planteamiento de un nivel de comunicación idónea, es solo un primer paso en los esbozos de un argumento bien construido. En rigor, los elementos de la comunicación solo van a darnos cuenta de un panorama inicial de presentación del argumento. Entender la dimensión de este nos conduce, en rigor, al mismo origen de la especie humana en la medida en que los primeros grupos colectivos de homínidos pretendieron, desde sus primeros intentos de trasladar una idea, construir una comunicación óptima. En un primer momento, ello consistió en sonidos guturales y gestos que trasladaban una idea inicial, para después, con la evolución de las sociedades, ir construyendo nociones iniciales que ya trasladaban conceptos más complejos.

Imaginemos, en ese trazo que narramos, la extraordinaria aventura que representó la formación del lenguaje y de las lenguas propias de las sociedades iniciales. El idioma se convirtió en el símbolo distintivo de un conjunto de significados, pero aún no constituían argumentos en sí mismos, sino simples actos del lenguaje comunicativos. El escenario se desarrolla, con más amplitud, cuando ocurre que un argumento toma la forma de apoyar un conjunto de razones que respaldan esa idea, con lo cual tenemos un esbozo, de mayor alcance ya, de las tesis iniciales de la argumentación.

En ese camino arduo, ya Aristóteles nos transmite un sinnúmero de aportes, pues junto con los argumentos retóricos que propone, nos brinda un esbozo sistemáticamente bien construido del silogismo en su versión más inicial, la de un modus ponens que aporta ya la idea de una premisa, mayor, una premisa menor y una conclusión. Es aquí donde deja la comunicación, con las variantes del caso, un modo muy elemental de trasladar las ideas al oponente, para pasar a trabajar una argumentación más sostenida, aunque todavía sin el vigor de toda una teoría de la argumentación jurídica como construcción definida.

No hemos de detenernos en una visión minuciosa de cuánto camino debieron atravesar esos primeros siglos de concepciones de la argumentación jurídica, pero sí podemos esbozar algunas de las manifestaciones más significativas, en tanto después del valioso aporte griego al mundo de las ideas, la historia posterior de la humanidad se caracterizó por una tendencia prevalente del iusnaturalismo como forma de comprender el mundo. Como solía aportar Santo Tomás de Aquino, era necesario comprender la divinidad del conocimiento para acceder a la verdad, y esa fue una constante que ya en plena evolución de la Edad Media marcó, con énfasis, el conocimiento de entonces.

Y propiamente, en esos siglos, todo partía de una concepción de Dios y terminaba en esa misma idea. Por tanto, la argumentación propiamente dicha y, por ende, la argumentación jurídica, solo podía entenderse en ese marco conceptual, sin que pudiera existir una versión contraria, y si acaso asomaban atisbos de una tesis diferente, pues los tribunales de la Santa Inquisición, como ejemplo manifiesto en algunas latitudes, apuntaban a eliminar no solo la concepción diferente, sino además al mismo autor de la idea contraria. Giordano Bruno en un ejemplo en ese sentido, pues terminó en la hoguera en 1600, por atreverse a oponer tesis contrarias a las vigentes en su tiempo.

Más aún, la tesis iusnaturalista fue asociada a la vigencia de las monarquías, en la medida en que era común la tesis de que el soberano había sido puesto en su lugar por decisión divina, y si esto era así, pues no era viable que pudiera esa tesis ser objeto de contradicción, en tanto nadie podría, en su sano juicio, discutir una posición de Dios respecto al soberano, quien se entendía puesto en su lugar por decisión divina.

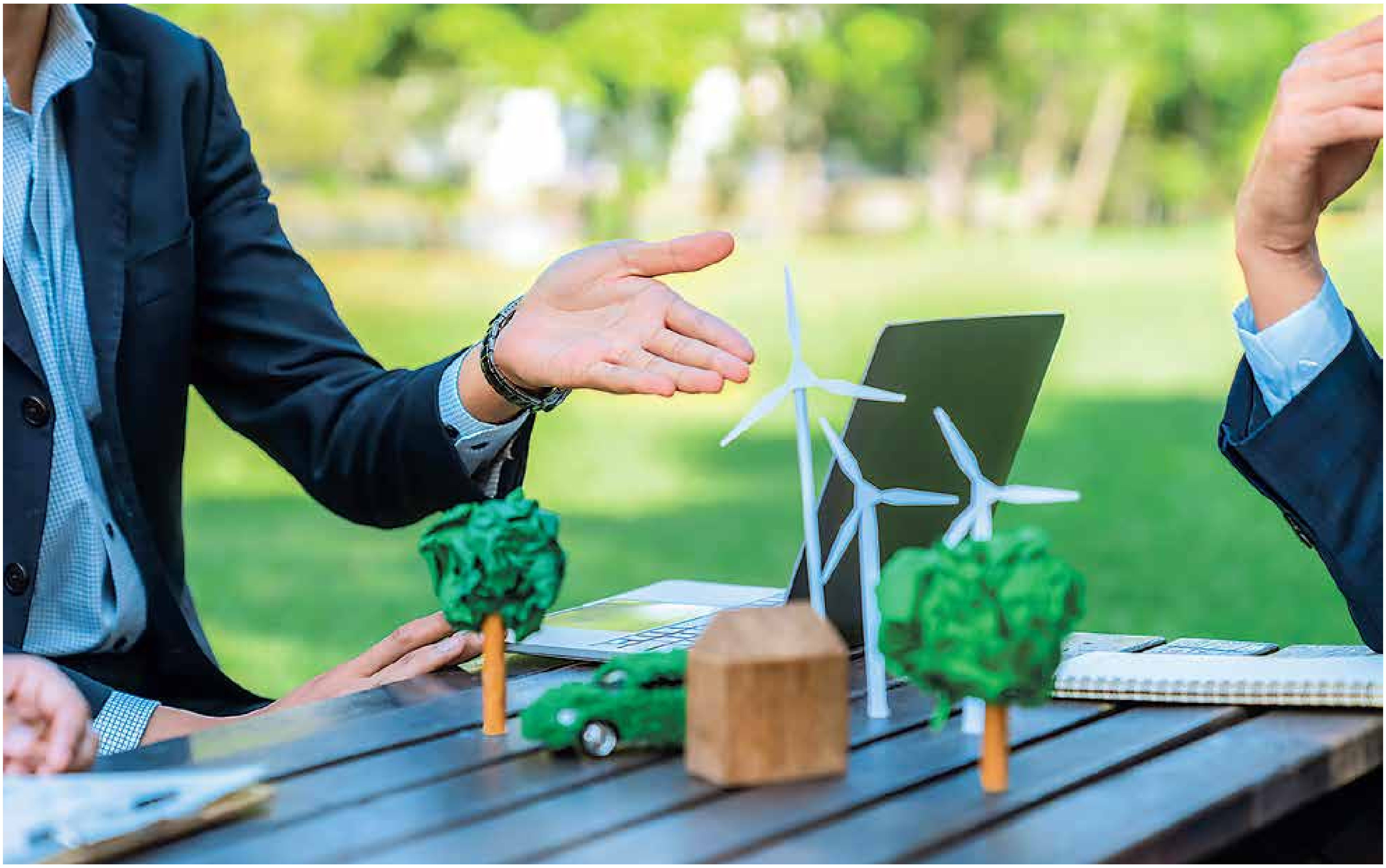
Y, sin embargo, son las insuficiencias del iusnaturalismo como doctrina las que, más tarde, conducen al abandono de esa posición, para dar lugar a una construcción sistemática del positivismo jurídico. Es complejo aquí trazar fronteras estrictas entre estas corrientes del pensamiento jurídico y, sin embargo, los albores del positivismo nos conducen, en su versión más radical, hasta las mismas ciudades Estado griegas en las cuales la ley se entendió como el mecanismo que le daba forma de legalidad fundante a la ciudad misma. El mismo Sócrates, cuyo método destaca Atienza con magistral singularidad (2013, p. 35) ante la oportunidad de fuga que le brindaban sus discípulos, dada la injusta condena a muerte por impiedad contra el sabio ateniense, arremetió contra la propuesta y afirmó que, si un ciudadano no acataba la ley, en referencia a la condena que se le impuso, entonces no tenían razón de ser la ciudad Estado, cuyo signo más distintivo era la ley. Ante esa coyuntura, optó por tomar la cicuta en acatamiento de una regla, seguramente injusta, pero, al fin y al cabo, una ley, y así debía ser asociada una decisión de los tribunales, esto es, como expresión fidedigna de la ley.

Aludíamos a la complejidad de trazar fronteras entre el iusnaturalismo y el positivismo y, sin embargo, sí podemos aludir a rutas en alguna forma diferenciadas. El iusnaturalismo dominó una gran parte de la tendencia argumentativa del Derecho durante unos 21 siglos de historia, si partimos de los aportes griegos de Sócrates desde el siglo IV a. C. hasta bien entrado el siglo XVIII.

Sin perjuicio de ese examen sobre las escuelas del pensamiento jurídico, necesario para entender la evolución del Derecho en sus formas de concebir el mundo, la comunicación vuelve a convertirse en un elemento base para entender la propuesta de una teoría de la argumentación jurídica, en cuanto las emociones traducen también una forma de expresión, al igual que la construcción de la argumentación.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel (2013). Curso de argumentación jurídica. Colección Estructuras y procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid. 871 pp.
http://derechopenalenlared.com/libros/atienza-manuel-curso-de-argumentacion-juridica.pdf
Atienza, Manuel (S.F.). Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira. Universidad de Alicante.
https://dfddip.ua.es/es/documentos/por-que-no-conoci-antes-a-vaz-ferreira.pdf
Vega Pérez- Chirinos, Churruca (2020) Teorías de la comunicación. Universitat Oberta de Catalunya.
https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/150061/1/TeoriasComuniacionLaComunicacinComoObjeto-Estudio.pdf



ÁLVARO **KLAUER**

EXPERTO EN REGULACIÓN ENERGÉTICA DE CUATRECASAS.

REFORMAS EN DISCUSIÓN

La diversificación energética

El Proyecto de Ley 4565/2022-PE presentado al Congreso de la República esencialmente busca que en el mercado eléctrico peruano se permita la contratación de energía en bloques horarios y, además, se dé luz verde a la separación de las compras de potencia y energía asociada.

En las últimas semanas se está discutiendo en el Congreso de la República la conveniencia de aprobar el Proyecto de Ley 4565/2022-PE, que busca, esencialmente, que en el mercado eléctrico peruano se permita la contratación de energía en bloques horarios y, además, se dé luz verde a la separación de las compras de potencia y energía asociada.

El proyecto

Para poner en contexto, hoy en día las empresas distribuidoras de energía y los clientes libres (con un consumo mínimo superior al doméstico) únicamente pueden celebrar contratos de suministro eléctrico (PPA, por sus siglas en inglés) con empresas generadoras que ofrezcan "alta" seguridad de suministro; es decir, cuyas tecnologías de generación cuenten con respaldo suficiente, según una fórmula aprobada por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin).

Con base en la fórmula hoy vigente, la energía solar –al no estar disponible en horas de la noche por falta de radiación solar– cuenta con una restricción regulatoria que limita de forma importante su participación en el mercado para la gran mayoría de agentes o exige implementar estructuras que le quitan competitividad frente a otras tecnologías. Por consiguiente, el proyecto de ley en cuestión permitiría que se compita en los bloques horarios en los que cada tecnología esté disponible, facilitando que la solar cuente con mayores posibilidades de desarrollo y, en la práctica, superar la restricción de la que hoy adolece.

Quienes están en contra del proyecto argumentan que aprobar dichas modificaciones generaría una proliferación de proyectos solares que podrían perjudicar, a la larga, al sistema eléctrico y que nada asegura que se disminuirían las tarifas en beneficio de los usuarios. Se menciona, aunque de forma menos explícita, que su aprobación impactaría en la competitividad del gas natural para la generación eléctrica, ya que construir hoy una central solar es más barato que una central térmica a gas natural.

Razones para su aprobación

El objetivo principal de toda política energética nacional debe ser garantizar la seguridad del suministro, para lo cual la diversificación de recursos es fundamental. Depender de una o pocas tecnologías no es sostenible.

Al respecto, debe recordarse que, en el pasado, hemos estado expuestos a crisis por depender casi exclusivamente de la energía hidroeléctrica. Asimismo, desde el 2004 en adelante el crecimiento de la demanda se ha cubierto básicamente con la generación termoeléctrica derivada del gas de Camisea a partir de centrales ubicadas en el distrito de Chilca.

BENEFICIOS AMBIENTALES Y GAS NATURAL

Respecto a los beneficios ambientales, es innegable que uno de los principales causantes de emisiones de gases de efecto invernadero es el transporte y no la generación eléctrica necesariamente. Sin embargo, también es cierto que la generación renovable tiene un menor impacto ambiental que otras tecnologías. Por tal motivo, en un contexto de emergencia climática ya declarada por el Ministerio del Ambiente, y en el marco de los compromisos de reducción de emisiones asumidos por el Estado peruano como el Acuerdo de París, aprobar el proyecto ayudaría a conseguir los objetivos propuestos.

Finalmente, no puede dejar de reconocerse la tremenda importancia del gas natural para garantizar la seguridad de suministro y migrar hacia energías más limpias como las renovables. El gas puede funcionar durante todo el día, por lo que es y será necesario para el país, con mayor razón ante el incremento de proyectos renovables. Sin embargo, reconocer su importancia no puede pasar por mantener una restricción para la energía solar, sino por impulsar otras iniciativas o incentivos que faciliten más exploración de nuevas reservas y que garanticen un horizonte mayor de disponibilidad de este valioso recurso.

El objetivo principal de toda política energética nacional debe ser garantizar la seguridad del suministro, para lo cual la diversificación de recursos es fundamental. Depender de pocas tecnologías no es sostenible.

Así, como se pudo apreciar claramente en el 2023, las restricciones en la disponibilidad hídrica derivadas del cambio climático generaron un importante impacto en la energía hidroeléctrica. Ello supuso que los precios del mercado de corto plazo superasen los US$ 200 MWh al tener que prender máquinas de diésel para cubrir la demanda, circunstancia que podría repetirse en un futuro cercano. Además, ante la falta de exploración en nuevas reservas de gas natural, hoy únicamente tenemos 15 años de reservas probadas, sin cuyo reemplazo se generaría un grave problema para la generación eléctrica.

Como puede apreciarse, si bien la generación eléctrica con base en el agua y el gas son de vital importancia para el país, depender casi exclusivamente de esas dos fuentes supone un riesgo para garantizar la seguridad de suministro a todos los hogares.

En consecuencia, resulta muy importante diversificar nuestro parque generador de carácter hidrotérmico, en el que la participación de las energías renovables apenas llega al 7%. Tenemos aún mucho espacio para crecer, con recursos energéticos renovables que explotar en zonas como Arequipa, Moquegua, Tacna, Ica o Lambayeque, por mencionar algunos. En un futuro, cuando los costos sean competitivos, nuestro sistema eléctrico necesitará contar con otras fuentes energéticas como la geotermia para abastecer la creciente demanda del país. Así, no debe perderse de vista que la demanda seguirá creciendo por diversos motivos; por ejemplo, la creciente necesidad de cobre, el ingreso de autos eléctricos y el auge de los data centers con consumos muy altos.

Por consiguiente, diversificar es y debe ser un objetivo primordial que no solo conste en la Política Energética Nacional, aprobada mediante Decreto Supremo N° 064-2010-EM, sino que además la aplicación de dicha política se traduzca en la aprobación de leyes concretas que ayuden a cumplir con este objetivo y que la diversificación no se quede solo en una buena intención.

Debe reconocerse que si bien existen algunos aspectos que tienen que atenderse en el mediano plazo, el proyecto de ley generaría un impulso a la inversión en una tecnología que, por las condiciones climáticas del Perú, resulta ideal para atender la demanda pico del sistema durante el día y con costos cada vez más reducidos. Además, la competencia entre tecnologías en bloques horarios según su disponibilidad podría traer mejores precios para los usuarios en el mediano plazo.

Felizmente, gracias al trabajo conjunto de las autoridades y las empresas privadas, hoy contamos con un sistema de transmisión troncal suficientemente robusto que tiene espacio para afrontar el crecimiento de proyectos solares y eólicos. Ello sin perjuicio de que en el mediano plazo deberían adoptarse medidas complementarias, tales como una regulación integral de servicios complementarios que incentive el almacenamiento para así afrontar la creciente intermitencia bajo la cual funcionaría el despacho eléctrico a partir de un mayor número de proyectos eólicos o solares.

REQUISITOS PARA GOZAR DEL BENEFICIO

Derecho a la gratificación legal de Fiestas Patrias

Como regla general, es equivalente a una remuneración mensual y se otorga la primera quincena de julio.

ROSARIO **VILLAFUERTE BRAVO**

ABOGADA LABORALISTA CON EXPERIENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO

Ya se acercan las Fiestas Patrias y muy aparte de destacar que se inician las vacaciones escolares, los trabajadores del sector privado están a la expectativa de saber si cumplen con los requisitos para gozar el derecho de exigir el cumplimiento del pago por concepto de gratificación legal de Fiestas Patrias, que, como regla general, es equivalente a una remuneración mensual y se otorga la primera quincena de julio, con las excepciones de los regímenes especiales que señala la ley.

Por lo que tienen derecho a recibir la gratificación legal de Fiestas Patrias los trabajadores que cumplan con los siguientes requisitos:

a) El trabajador debe estar laborando a la fecha de pago o estar gozando de vacaciones o licencia con goce de haber u otro beneficio considerado por la ley como días efectivamente laborados.

b) Haber laborado un mes dentro del primer semestre del año.

Sin embargo, resulta importante que para recibir el íntegro de la gratificación legal de Fiestas Patrias, es necesario que el trabajador haya laborado el primer semestre del año completo.

De ser el caso que el trabajador haya laborado no el semestre completo, se le otorgará de forma proporcional la gratificación de Fiestas Patrias. Por ejemplo, un trabajador que ingresó el 19 de marzo del 2024, es decir, no laboró el semestre completo solo se toma en consideración los meses completos que trabajó, que son abril, mayo y junio, entonces, su cálculo será la remuneración mensual vigente al 30 de junio del 2024 x 3 (tres) meses/6 (seis) meses. Es importante señalar que se cuentan solo "meses completos".

En el caso de que sea comisionista o tenga una remuneración mensual que varíe mes a mes, se tendrá que tomar como referencia su promedio para el otorgamiento de la gratificación legal de Fiestas Patrias, y no la remuneración mensual de junio del 2024.

No tienen el derecho a recibir la gratificación legal de Fiestas Patrias los siguientes:

a) Los trabajadores que se encuentre del ámbito del REMYPE (1).

b) Los locadores de servicios ni los practicantes.

El Estado tiene herramientas gratuitas para orientarte en el cálculo de la gratificación legal de Fiestas Patrias mediante la línea gratuita del MTPE 0-80016872 toda vez que el incumplimiento de este derecho por parte de la empresa es sancionado por la Sunafil como infracción grave.

(1) REMYPE es el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa en que se inscriben las micro y pequeñas empresas.

INFORME N° 00039-2024-SUNAT/7T0000

Los servicios digitales

Los contribuyentes que se aparten de la postura asumida por la administración tributaria respecto a este tema sufrirán acotaciones en las auditorías, junto con las multas correspondientes, originando nuevo ciclo litigioso.

ROBERTO **POLO**

SOCIO DE REBAZA, ALCÁZAR & DE LAS CASAS
PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

Cuando la contraparte en una operación es un sujeto no residente en el país, es fundamental establecer si el beneficio obtenido por este sujeto debe pagar tributos locales. Esto significa, en materia de Impuesto a la Renta (IR) si su ingreso califica como renta de fuente peruana.

En el caso de servicios, el criterio de conexión para identificar la fuente ha sido tradicionalmente territorial, vale decir que solo son ingresos de fuente peruana aquellos que se producen como consecuencia de prestaciones en el país.

Sin embargo, producto de la desmaterialización de ciertas prestaciones y la posibilidad de que efectivamente muchos servicios puedan ser llevados a cabo sin necesidad de presencia física e incluso con participación humana mínima, la norma peruana evolucionó hacia un criterio de conexión diferente, la utilización económica en el país. Con este criterio, la ubicación del prestador en nada altera la calificación de la fuente del ingreso, pues lo relevante es identificar dónde se produce su utilización.

En nuestro ordenamiento, este criterio es aplicable en lo que a servicios generadores de rentas activas se refiere, a los casos de asistencia técnica y servicios digitales

En este contexto, la última semana ha generado revuelo el pronunciamiento de la administración tributaria plasmado en el Informe N° 00039-2024-Sunat/7T0000 que aborda el tema de en qué supuestos determinadas prestaciones llevadas a cabo desde el extranjero pueden ser consideradas servicios digitales.

Sobre este tema, la redacción actual de la norma reglamentaria que regula a los servicios digitales contempla dos partes claramente identificables. En la primera se ha desarrollado un concepto general conforme al cual se deben cumplir ciertos requisitos para que determinada actividad se considere servicio digital. Entre otros, el carácter esencialmente automático y que la prestación de hacer (servicio) no sea viable en ausencia de la tecnología de la información (internet o equivalentes).

El Informe N° 00039-2024-Sunat/7T0000 es de cumplimiento obligatorio para los auditores de la Sunat.

La segunda parte contiene un listado de situaciones que podrían cumplir los requisitos generales y otras que no, pero que han sido incluidas indicando que "Seeconsideran servicios digitales (…)".

Este texto ha llevado a encontrarnos en diversas controversias con la administración tributaria que en las fiscalizaciones tomó como posición que las actividades mencionadas en el referido listado calificaban siempre como servicios digitales.

Efectivamente, la redacción pudo ser más precisa como sucede con los servicios de asistencia técnica que el mismo Reglamento conceptualiza "En cualquier caso (…)" dentro de la definición.

Sin embargo, la misma norma introdujo ambos conceptos en el Reglamento con un fraseo distinto para cada caso. Esta diferenciación abona en la interpretación de que el listado no contempla supuestos que "en cualquier caso" serán servicios digitales, pues de algo tiene que valer que los textos no sean similares.

La norma debió indicar, en primer lugar, las situaciones que son servicios digitales y luego que además serán considerados tales los que cumplan la definición general que sería residual.

Sobre el tema sustancial, lo digital en nuestro entorno es aquello inmaterial, que fluye a través de los medios habilitados por la tecnología de la información, pero como parte de la prestación. Así, el carácter "digital" del servicio no debe reconocérsele a aquellas prestaciones que únicamente utilizan esos medios tecnológicos como canal de comunicación.

Este mismo razonamiento lo comparte el Tribunal Fiscal en varias resoluciones (03271-3-2019 y 05459-8-2018) e incluso por la Corte Suprema en su sentencia 16003-2023.

Sin embargo, esto no ha calado en la Sunat, ni siquiera luego de la Sentencia de Casación N° 16618-2023 (1), pues mediante su Informe N° 00039-2024-Sunat/7T0000 ha señalado de modo expreso que el elemento de "automaticidad" no es necesario para la configuración de un "servicio digital", así como tampoco lo serían los demás requisitos señalados en el primer párrafo del inciso b) del artículo 4°A del Reglamento, bastando para este efecto que la prestación quede incluida en el catálogo de la norma.

El informe es de cumplimiento obligatorio para los auditores de la Sunat. Por tanto, los contribuyentes que se aparten de su posición sufrirán acotaciones en las auditorías, junto con las multas correspondientes, dando origen a un nuevo ciclo litigioso.

Puesto que el Tribunal Fiscal ha sentado su posición sobre este tema, una forma de frenar la litigiosidad sería que emita una resolución de observancia obligatoria al amparo del artículo 154° del Código Tributario.

A modo de conclusión, lo que podría debatirse de este asunto no es que existan interpretaciones diferentes sobre una norma, sino que la Sunat pese a saber que ni el Tribunal Fiscal ni el Poder Judicial avalan su posición, conmine a sus funcionarios a emitir actos administrativos que originarían litigios que no solo implicarían el uso recursos de los contribuyentes, sino también del propio Estado.

[1] Como se recordará, dicho precedente vinculante estableció como criterio que todas las instancias jurisdiccionales, tanto de primera como de segunda instancia (órganos jurisdiccionales, tribunales administrativos y administración pública), están obligadas a cumplir con los pronunciamientos emanados de sentencias casatorias y a seguir los criterios establecidos en estas últimas.